

Margherita Ramajoli

L'Adunanza plenaria risolve il problema dell'esecuzione della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione in presenza di contratto

Nota a: **Consiglio di Stato ad. plen. , 30 luglio 2008, n.9**

In Dir. proc. amm., fasc.4, 2008

Sommario: 1. La decisione dell'Adunanza plenaria. - 2. Il punto logico di partenza e la posta in gioco. - 3. Le assonanze con la sentenza delle Sezioni unite. - 4. L'azione di regolamento di confini dal punto di vista del diritto pubblico e del giudice amministrativo. - 5. Conclusioni provvisorie.

1. La decisione dell'Adunanza Plenaria costituisce l'ultima importante tessera del complesso mosaico riguardante la giurisdizione sulla sorte del contratto di appalto nel caso di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione e si sforza di porre definitivamente fine all'annosa discussione giurisprudenziale in materia, foriera di problemi pratici non indifferenti.

Nel commentare la pronuncia è quindi necessario cercare di eliminarne le ambiguità e farne emergere la specifica intenzionalità, come già si era tentato di fare con il precedente tassello del mosaico e cioè con la sentenza delle Sezioni unite n. 27169 del 28 dicembre 2007 (1).

La pronuncia anzitutto si uniforma all'indirizzo di recente adottato appunto dalle Sezioni unite: essa ritiene espressamente «di non doversi discostare dal delineato orientamento delle Sezioni unite», secondo cui sussiste la giurisdizione civile sulla domanda volta ad ottenere, «con efficacia di giudicato», «l'accertamento dell'inefficacia del contratto», la cui aggiudicazione sia stata annullata dal giudice amministrativo, trattandosi di controversia concernente diritti soggettivi e integralmente retta dal diritto privato.

Vi è dunque un'iniziale notevole assonanza tra l'Adunanza plenaria e le Sezioni unite sulla questione della giurisdizione della sorte dei diritti nati dal contratto una volta che sia stato annullato in via giurisdizionale l'atto di aggiudicazione. La sentenza n. 9/2008 costituisce così un segnale di convergenza tra le giurisprudenze dei due massimi organi giurisdizionali, nel riconoscere un sistema di riparto tra le giurisdizioni già condiviso dalle Sezioni unite.

Ma l'importanza della decisione dell'Adunanza plenaria sta anche e soprattutto in quel qualcosa in più che mancava alla pronuncia della Cassazione.

Nel configurare una tutela del terzo ricorrente vittorioso l'Adunanza solo apparentemente abbraccia uno degli orientamenti assunti dalla giurisprudenza amministrativa e dalla dottrina per risolvere il problema della protezione dell'impresa terza illegittimamente pretermessa di fronte al contratto stipulato tra l'amministrazione e l'originario aggiudicatario.

Secondo tale orientamento, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario sui diritti nascenti dal rapporto contrattuale, l'eventuale nullità o inefficacia del contratto stipulato, sebbene non ancora accertata da una sentenza, può essere comunque valutata *incidenter tantum* dall'Amministrazione chiamata a dare esecuzione al giudicato, e, di conseguenza, può essere incidentalmente valutata dal giudice amministrativo in sede di ottemperanza, in quanto in tale sede egli si sostituisce all'amministrazione rimasta inerte e esercita una giurisdizione di merito (2).

L'Adunanza plenaria radicalizza questo orientamento, in quanto esclude la necessità non solo di una pronuncia costitutiva, ma anche di un accertamento meramente incidentale sull'invalidità e/o sull'inefficacia del contratto, dal momento che il contratto stesso viene automaticamente a cadere per il solo effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione. Infatti la decisione in esame afferma che l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione «è costitutivo di un vincolo permanente e puntuale sulla successiva attività dell'amministrazione, il cui contenuto non può prescindere dall'effetto caducatorio del contratto stipulato»

(punto 6.1.1).

Di conseguenza, in sede di esecuzione della sentenza l'amministrazione «non potrà non rilevare la sopravvenuta caducazione del contratto» conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione nell'emanare gli ulteriori provvedimenti derivanti dall'effetto caducatorio dell'annullamento dell'aggiudicazione (ancora punto 6.1.1).

Parimenti, nel caso di inottemperanza alla sentenza il giudice amministrativo in sede di esecuzione avrà il potere di «reintegrare in forma specifica» la parte vittoriosa nei diritti connessi al giudicato e, quindi, eventualmente, «nella sua posizione di aggiudicatario della gara» in luogo del contraente nei cui confronti l'aggiudicazione è stata impugnata (punto 6.1.3).

A ben vedere, la decisione n. 9/2008 non mira tanto ad adeguarsi all'orientamento della Cassazione sulla questione di giurisdizione sulla domanda volta ad ottenere la declaratoria di avvenuta caducazione del contratto, ma semmai a considerare non centrale tale questione, perché si risolve in altra maniera il problema, tutto pubblicistico, della tutela del terzo ricorrente vittorioso.

Affermare che, anche se la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non si estende alle controversie sul contratto, la sentenza di annullamento dell'aggiudicazione produce sempre e comunque un effetto caducatorio sul contratto stesso significa che la riconosciuta giurisdizione del giudice ordinario nei casi in cui si chiedi una pronuncia con efficacia di giudicato sul rapporto contrattuale non toglie al giudice amministrativo, in sede di esecuzione della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione, il potere di elargire al ricorrente vittorioso una reale tutela della sua posizione giuridica sostanziale.

Affermare che il giudice amministrativo si deve limitare ad annullare l'aggiudicazione, ma che poi l'amministrazione aggiudicatrice e il giudice in sede di ottemperanza sono tenuti ad agire come se il contratto non ci fosse, significa, in altri termini, che la vicenda pubblicistica tra ricorrente e amministrazione

aggiudicatrice è impermeabile e indifferente a quella privatistica del rapporto contrattuale («il giudice amministrativo può realizzare il contenuto conformativo della sentenza, di per sé riferibile alla fase pubblicistica successiva all'annullamento», recita il punto 6.1.1).

2. Al fine di chiarire la portata della pronuncia in esame si deve stabilire esattamente quali siano il problema pratico da risolvere e la posta in gioco nella presente materia (3).

Riprendendo quanto già sottolineato nel commento alla decisione delle Sezioni unite, occorre riconoscere che la questione essenziale è stabilire se l'intervenuta stipulazione del contratto impedisca o meno la rinnovazione della gara o l'aggiudicazione al secondo classificato in caso di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione originaria (4).

La posta in gioco risulta essere pertanto l'efficacia della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione, cioè la stessa ragion d'essere (5) del processo amministrativo di legittimità in materia di contratti della pubblica amministrazione.

Se la stipulazione del contratto non venisse travolta dall'annullamento dell'aggiudicazione, quest'ultimo non sarebbe in grado di produrre un effetto utile per il ricorrente, come dimostrato dal fatto che l'aggiudicatario controinteressato spesso tende ad eccepire l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse perché nessun vantaggio potrebbe conseguire il ricorrente dalla decisione (6).

La presenza del contratto, ponendo in discussione l'utilità per il ricorrente dell'azione di annullamento dell'aggiudicazione, mette anche in forse, a causa della proiezione processuale di una ricostruzione in chiave puramente privatistica della vicenda, lo stesso ruolo del processo amministrativo in materia contrattuale. Ciò che viene in questione non è dunque solo l'effettività della tutela giurisdizionale, ma la stessa ragion d'essere del controllo giurisdizionale amministrativo sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici (7).

Precisato il punto logico di partenza della *querelle*, è indispensabile un altro chiarimento per sgomberare il campo da falsi problemi. Sotto il profilo dogmatico la questione da risolvere non è di qualificazione sostanziale, ma di incidenza del processo sul diritto sostanziale, come ben emerge dalla decisione dell'Adunanza plenaria.

Non si tratta infatti di stabilire se il contratto sia nullo, annullabile, inefficace e così via, ma di stabilire se la sentenza di annullamento dell'aggiudicazione comporti anche il venire meno degli effetti del contratto.

Siamo dunque di fronte ad un problema di efficacia della sentenza del giudice amministrativo e non ad un problema di inquadramento sostanziale o di qualificazione dogmatica. Quantomeno, questo è il modo in cui concretamente si manifesta la questione in esame, visto che essa si pone nel caso in cui il terzo esercita un'azione di annullamento e l'effetto pratico di quest'ultima viene contrastato negando che il provvedimento giurisdizionale richiesto abbia alcuna influenza sul contratto già stipulato.

Che venga in rilievo un problema di influenza del processo amministrativo sul diritto sostanziale è conscia l'Adunanza plenaria. Di contro, che sia difficile impostare correttamente la questione degli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione quando il contratto è stato stipulato emerge dall'ordinanza di rimessione della Sezione V del Consiglio di Stato del 28 marzo 2008, n. 1328 (8).

Infatti l'ordinanza adotta l'impostazione secondo cui la questione di giurisdizione è logicamente successiva e direttamente condizionata dalla soluzione da dare alla questione relativa alla qualificazione degli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sulla sorte del contratto d'appalto *medio tempore* stipulato.

A detta dell'ordinanza: «a) se la soluzione preferita postula la pronuncia di decisioni costitutive (annullamento, risoluzione del contratto e, forse, inefficacia sopravvenuta) si rivela necessaria la proposizione di domande intese a conseguire una statuizione che elimini gli effetti del contratto e risulta, al contempo, precluso

ogni apprezzamento incidentale della sua inefficacia; *b*) se si ritiene, viceversa, che l'inefficacia del contratto si produca automaticamente (come nei casi della nullità o della caducazione automatica), deve concludersi che tale conseguenza va accertata con pronunce dichiarative e che può anche essere accertata in via incidentale» (Cons. Stato, Sez. V, ord. n. 1328/2008, cit., punto 5.1) (9).

Ma, come si è già sottolineato, il cuore del problema non è stabilire se a seguito dell'aggiudicazione il contratto sia da qualificare come annullabile, o nullo, o inefficace o risolto o caducato, ma precisare se tra gli effetti della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione rientri anche la privazione degli effetti del contratto.

L'ordinanza in un altro passo rileva giustamente che la questione da risolvere è quella della «individuazione degli effetti che l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione dell'appalto esplica sulla sorte del contratto», ma subito poi aggiunge che occorre successivamente indagare se sussista o meno la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «in ordine alla domanda volta ad ottenere la declaratoria di avvenuta caducazione del contratto conseguente all'aggiudicazione» (punto 3).

In questa maniera l'ordinanza dà per scontato che, comunque venga risolta la prima questione, in ogni caso sia necessaria una pronuncia di avvenuta caducazione del contratto.

L'ordinanza arriva quindi a configurare un vincolo inscindibile tra aggiudicazione e contratto, ma finisce dogmaticamente per conservare al contratto un'autonomia genetica.

Di qui la necessità di configurare un accertamento almeno incidentale della nullità o dell'inefficacia del contratto. L'ordinanza respinge dunque la tesi della caducazione automatica, perché una caducazione che ha bisogno di essere pronunciata non è certo automatica; se invece si configurasse veramente la caducazione come

automatica il problema di giurisdizione sparirebbe (10).

Diversa l'impostazione dell'Adunanza che conduce un ragionamento inteso unicamente ad affermare che la sentenza di annullamento dell'aggiudicazione ha in se stessa la forza di fare venire meno il contratto nel frattempo stipulato, troncando ogni altra residua questione.

3. L'Adunanza plenaria ha di fronte a sé l'esigenza di assicurare l'effetto pratico della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione tenendo conto di quanto statuito dalle Sezioni unite.

Il punto di attacco per giungere a questo risultato sta nel far propria la posizione appunto delle Sezioni unite secondo cui il criterio di riparto tra le giurisdizioni in materia si fonda unicamente sulla separazione tra il piano del procedimento amministrativo e il piano negoziale, retto interamente dal diritto privato.

Questo aggancio serve all'Adunanza per riconoscere la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario laddove si intendano far accertare, con efficacia di giudicato, le conseguenze che la sentenza di annullamento ha prodotto sul contratto. Vi sarà competenza giurisdizionale del giudice civile sia a seguito di una domanda di una delle parti del contratto d'appalto stipulato *medio tempore*, sia a seguito di una specifica domanda da parte dell'impresa che abbia chiesto e ottenuto dal giudice amministrativo l'annullamento dell'aggiudicazione (punto 5). L'assonanza con la sentenza delle Sezioni unite n. 27169/2007 è totale, mantenendosi ferma l'esclusione dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo della fase di esecuzione del rapporto contrattuale, devoluta al giudice ordinario.

Nessun dubbio che nel caso di controversie tra amministrazione aggiudicatrice e contraente in cui si domandi l'annullamento del contratto tra i medesimi stipulato sussista giurisdizione del giudice ordinario, che emetterà una sentenza con efficacia di giudicato. Viene qui in rilievo una controversia squisitamente di diritto privato che coinvolge solo diritti soggettivi e obblighi e da tempo ogni dubbio può

dirsi dissolto in materia (11).

Ma dall'Adunanza viene parimenti affermata la giurisdizione del giudice ordinario anche nel caso in cui l'impresa non vincitrice della gara di appalto chieda espressamente una pronuncia suscettibile di passare in giudicato avente ad oggetto il contratto stipulato tra amministrazione aggiudicatrice e aggiudicatario. Questo perché il tenore testuale dell'art. 244, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, là dove limita l'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai soli atti della procedura di affidamento degli appalti, impedisce al giudice amministrativo di conoscere in via diretta e con efficacia di giudicato le questioni relative alla validità e all'efficacia del contratto di appalto e di pronunciarsi su di esse con una statuizione suscettibile di passare in giudicato (12).

Resta da risolvere l'ultima ipotesi delineata dall'ordinanza di rimessione, quella in cui l'inefficacia del contratto sia da accertare in via incidentale e non in via principale. Secondo l'ordinanza, come già si è sopra accennato, sorge la necessità di un accertamento incidentale sulla sorte del contratto quando l'impresa terza formuli davanti al giudice amministrativo, oltre ad una domanda di annullamento dell'aggiudicazione, una domanda di risarcimento in forma specifica che, mirando alla sostituzione del contraente, reclama un accertamento incidentale dell'inefficacia del vincolo contrattuale, il quale si frappone alla sua richiesta.

Nell'ottica dell'ordinanza che fa leva sull'art. 7 della l. n. 205/2000, ma anche nell'ottica di una parte della giurisprudenza di merito che fa invece leva sull'art. 8 della l. Tar, nel caso di domanda di risarcimento in forma specifica, in relazione alla quale sicuramente sussiste giurisdizione del giudice amministrativo, la questione della sorte del contratto si porrebbe come questione meramente pregiudiziale al fine della pronuncia sulla domanda principale (13).

Tuttavia l'Adunanza prende le distanze dall'ordinanza di rimessione e tiene distinte la questione dell'accertamento incidentale del contratto dalla questione del risarcimento in forma specifica davanti al giudice amministrativo (14).

Nella logica della pronuncia n. 9/2008 la questione relativa alla giurisdizione in ordine alla cognizione degli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto non si interseca con la diversa questione circa l'ammissibilità nel giudizio amministrativo di una pronuncia di condanna dell'amministrazione all'adozione di un provvedimento di aggiudicazione dell'appalto al ricorrente.

Da un lato, l'Adunanza plenaria reputa che l'accertamento dell'inefficacia del contratto non sia mai necessario, salva l'espressa domanda di una delle parti in tal senso, a differenza di quanto ritenuto dall'ordinanza di rimessione, secondo cui l'accertamento, anche solo *incidenter tantum*, dell'inefficacia del contratto sarebbe sempre necessario.

Dall'altro lato, l'Adunanza afferma che i poteri riconosciuti al giudice amministrativo in sede risarcitoria sono circoscritti al solo risarcimento per equivalente e non comprendono la sostituzione dell'aggiudicatario, quale forma specifica di reintegrazione: la reintegrazione in forma specifica, conducendo ad una nuova aggiudicazione e alla stipula di un nuovo contratto, «incide necessariamente sul contratto e quindi sulla fase negoziale e sui diritti soggettivi» (punto 6).

Diversamente dall'ordinanza di rimessione, la quale sosteneva che l'estensione della forma specifica del risarcimento dei danni anche agli interessi legittimi pretensivi si risolverebbe nell'introduzione surrettizia nel nostro ordinamento della c.d. azione di adempimento (15), l'Adunanza plenaria (punto 6) sottolinea che il problema, nella materia degli appalti pubblici, consiste nel fatto che una sentenza che condannasse l'amministrazione alla reintegrazione in forma specifica richiederebbe necessariamente al giudice amministrativo di pronunciarsi anche sulla sorte dei diritti sorti in capo all'aggiudicatario con la stipulazione del contratto: materia di puro diritto privato-patrimoniale, che appunto l'Adunanza plenaria ritiene pienamente devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario.

4. Fin qui le assonanze con l'orientamento della Cassazione. Ma se il nucleo centrale della decisione delle Sezioni unite è riassumibile nell'affermazione secondo cui il piano negoziale è sempre e solo privatistico e la sorte del rapporto

nato a seguito della stipulazione del contratto tra l'amministrazione e l'aggiudicatario resta regolato dal diritto privato, il nucleo centrale della pronuncia dell'Adunanza plenaria si sintetizza nel ritenere che il piano delle conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione è integralmente pubblicistico e l'impresa illegittimamente pretermessa non incontra ostacoli nella sua tutela a causa della presenza del contratto originario, visto che all'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione consegue sempre e comunque la caducazione degli effetti del contratto (16).

È in questa precisazione di sfere di dominanza rispettivamente privatistica e pubblicistica che è ravvisabile un nuovo «concordato giurisprudenziale»: sussiste la giurisdizione civile quando e solo quando si intendano far accertare, con efficacia di giudicato, le conseguenze che l'annullamento dell'aggiudicazione ha prodotto sul rapporto privatistico discendente dal negozio, ma ciò non impedisce mai la piena esecuzione della sentenza amministrativa di annullamento dell'aggiudicazione su ricorso del terzo, che non comporta alcun giudicato, neppure implicito, sulla sorte del contratto. Diverso l'oggetto della cognizione, diverso il giudice avente giurisdizione.

La risposta che l'Adunanza plenaria dà alla questione sottoposta al suo esame sta tutta nell'affermazione secondo cui «la separazione imposta dall'art. 103, comma 1, Cost. tra il piano negoziale e quello procedimentale, se preclude ogni pronuncia da parte del giudice amministrativo sul regolamento dei rapporti con l'aggiudicatario connessi all'annullamento dell'atto illegittimo (Cass., Sez. un. 28 dicembre 2007, n. 27169), non incide in alcun modo sulla realizzazione in concreto dell'effetto conformativo sia da parte dell'amministrazione, nell'esecuzione spontanea del giudicato, sia da parte del giudice dell'ottemperanza, nell'eventuale fase dell'esecuzione».

Risulta chiaro da questa affermazione che l'Adunanza plenaria ha interpretato la sentenza delle Sezioni unite nello stesso modo in cui l'aveva letta chi scrive, sottolineando che l'ambito spettante alla giurisdizione ordinaria è limitato a tutto ciò che coinvolge il regolamento dei rapporti tra l'amministrazione e l'aggiudicatario connessi (cioè consequenziali) all'annullamento dell'aggiudicazione da parte del

giudice amministrativo, e non anche la sorte del contratto in sé considerata, la quale resta di dominio puramente pubblicistico nella misura in cui da essa vengano fatte discendere conseguenze puramente pubblicistiche (riedizione della gara oppure sostituzione del contraente privato) (17).

Sottesa alla tesi dell'Adunanza della sopravvenuta caducazione del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione per garantire l'effetto pratico di tale annullamento, vi è dunque la consequenzialità necessaria tra la procedura di gara e il contratto successivamente stipulato. Ciò significa negare qualsiasi autonomia al contratto e soprattutto sostenere che il vincolo privatistico è totalmente subordinato all'esigenza pubblicistica di legalità negli appalti pubblici.

In altri termini, la pronuncia dell'Adunanza appare rivolta a sgombrare il campo da ogni problema relativo alla sorte dei rapporti patrimoniali tra amministrazione e aggiudicatario dopo l'annullamento dell'aggiudicazione, al fine di assicurare alla sentenza di annullamento dell'aggiudicazione la pienezza della sua efficacia costitutiva.

La presa di posizione dell'Adunanza, secondo la quale non è necessaria alcuna pronuncia circa la sorte del contratto (perché tale effetto è già contenuto nell'effetto di annullamento dell'aggiudicazione) sottolinea appunto che al processo amministrativo devono restare estranee tutte le implicazioni che coinvolgano il rapporto tra amministrazione e aggiudicatario. Sulla sorte del contratto non vi può essere alcuna pronuncia neppure nel processo amministrativo, perché questa dovrebbe necessariamente coinvolgere anche il regolamento dei rapporti tra amministrazione e aggiudicatario e non potrebbe essere fatta quindi se non con efficacia di giudicato. Ma questo appunto spetta esclusivamente al giudice ordinario.

5. La sentenza ribadisce la centralità che riveste nel nostro sistema di giustizia amministrativa il potere costitutivo e raffina la tutela che è in grado di offrire sia l'effetto conformativo della sentenza di annullamento, inteso come identificazione del contenuto concreto del dovere dell'amministrazione per la successiva azione

amministrativa, sia l'eventuale e successivo giudizio di ottemperanza, sede in cui è possibile raggiungere la piena coincidenza tra la realizzazione dell'interesse legittimo del ricorrente vittorioso e la soddisfazione dell'interesse materiale sottostante, preclusa in sede di cognizione (18).

Dunque l'Adunanza riconduce l'inefficacia del contratto agli effetti propri della sentenza di annullamento, mentre qualifica la sostituzione dell'aggiudicatario sia come modalità esecutiva dell'effetto conformativo del giudicato, sia come reintegrazione in forma specifica (punto 6.1.3) (19).

In questa logica, la privazione degli effetti del contratto viene collegata al contenuto stesso della pronuncia di annullamento, è una conseguenza dell'accertamento contenuto nella decisione giurisdizionale (20).

Cadendo l'aggiudicazione cade anche il contratto come portato diretto dell'effetto di annullamento dell'atto impugnato. Non c'è dunque alcun bisogno di pronunciare nullità, annullamento o inefficacia del contratto da parte del giudice amministrativo, né in via principale né in via incidentale, né in sede di cognizione né in un incidente di cognizione nel corso del giudizio di ottemperanza.

Se l'effetto caducatorio del contratto viene fatto rientrare nell'effetto di annullamento dell'aggiudicazione assistito dagli effetti conformativi del giudicato, spetterà in prima battuta all'amministrazione (art. 65, comma 1, n. 5, e art. 88 del reg. proc. Cons.), rilevare la sopravvenuta caducazione del contratto conseguente all'effetto caducatorio dell'annullamento dell'aggiudicazione ed emanare gli ulteriori provvedimenti conseguenti a tale effetto, quali, ad esempio, la sostituzione dell'aggiudicatario con il soggetto che ha ottenuto la sentenza di annullamento, tenendo conto dei principi enunciati nella sentenza stessa (punto 6.1.1).

In mancanza di una spontanea conformazione al giudicato da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, sarà il giudice amministrativo, nella fase dell'esecuzione, a realizzare il contenuto conformativo della sentenza di annullamento e a sostituirsi all'amministrazione nello svolgimento degli effetti del

giudicato. In particolare, sarà possibile nel giudizio di ottemperanza, trattandosi di giurisdizione di merito, adottare direttamente o tramite commissario tutte le misure occorrenti per dare esatta e integrale esecuzione della sentenza e per assicurare al ricorrente vittorioso il bene della vita perseguito attraverso il giudizio di cognizione, come la sostituzione dell'aggiudicatario (punti 6.1.2 e 6.1.3).

Il fatto poi che dagli effetti della sentenza nasca o meno la necessità che l'amministrazione aggiudicatrice svolga un'ulteriore attività amministrativa dipende dalle concrete fattispecie di volte in volte considerate. Come è noto, la sentenza di annullamento non possiede sempre il medesimo grado di vincolatività e quindi l'effetto conformativo della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione si configura in maniera differente a seconda del vizio riconosciuto come esistente (21).

L'amministrazione è stretta tra l'obbligo di eseguire la decisione (art. 65, comma 1, n. 5, e art. 88 del reg. proc.) che comprende il rispetto, nell'ulteriore attività, dei principi posti nella decisione stessa, in virtù degli effetti della sentenza di annullamento, e il principio della «salvezza degli ulteriori provvedimenti» (art. 45 T.U. Cons. Stato e art. 26, comma 2, l. Tar). Se l'obbligo di eseguire la decisione presuppone che la sentenza contenga anche elementi ordinatori e che l'amministrazione uniformi l'attività di riesercizio del potere alle regole poste dalla pronuncia, invece il principio della salvezza degli ulteriori provvedimenti amministrativi valorizza la discrezionalità dell'agire successivo dell'amministrazione (22).

L'amministrazione eseguirà quindi la sentenza tenendo conto che il contratto è caduto e quindi rinnoverà la gara o aggiudicherà al secondo classificato a seconda del contenuto di accertamento della sentenza di annullamento, seguendo l'effetto conformativo e prendendo in considerazione la situazione fattuale, come, ad esempio, l'intervenuta esecuzione parziale del contratto. Lo stesso farà il giudice dell'ottemperanza e ciò conferma il carattere puramente esecutivo del giudizio di ottemperanza, dal momento che non esiste un obbligo di conformarsi al giudicato esterno agli effetti propri della sentenza amministrativa (23).

Quanto alla sostituzione dell'aggiudicatario, essa non viene fatta rientrare espressamente all'interno dell'effetto conformativo della sentenza di annullamento. L'Adunanza qualifica la sostituzione dell'aggiudicatario come ulteriore provvedimento amministrativo comunque salvo dopo la pronuncia di annullamento, come modalità esecutiva dell'effetto conformativo del giudicato di competenza del giudice dell'ottemperanza, ma anche come reintegrazione in forma specifica (punti 6.1.1, 6.1.2 e 6.1.3).

Già Ranelletti, nel precisare che nel giudizio di ottemperanza il giudice può sostituirsi all'amministrazione e prendere esso con la sua decisione il provvedimento che l'amministrazione avrebbe dovuto prendere e non prese, dice che ciò avviene «allo scopo di reintegrare in forma specifica» la situazione giuridica soggettiva che il giudicato riconobbe violata e mettere l'interessato in quella posizione che dal giudicato gli venne riconosciuta (24).

Del resto, Miele e Nigro ritenevano «questione meramente terminologica, la quale, come tutte le questioni terminologiche e classificatorie, lascia il tempo che trova», qualificare o meno la sentenza amministrativa anche come una sentenza di condanna, a causa del suo contenuto ordinatorio (25).

Pur accettando tutto ciò, è da ritenersi tuttavia improprio da parte dell'Adunanza plenaria l'impiego del termine reintegrazione in forma specifica riferita alla sostituzione dell'aggiudicatario; ricondurre la misura della sostituzione alla tutela risarcitoria implica necessariamente l'applicazione in materia dei principi tipici sulla responsabilità, sulla colpa e sul nesso di causalità, i quali non vengono affatto in linea di conto nel presente giudizio; senza dimenticare poi che l'azione di risarcimento del danno inerisce necessariamente al giudizio di cognizione. La sostituzione dell'aggiudicatario non è quindi propriamente reintegrazione in forma specifica, bensì una conseguenza dell'annullamento giurisdizionale, è esecuzione in forma specifica del giudicato di annullamento (26).

6. L'intervento dell'Adunanza plenaria costituisce lo sforzo massimo per riportare la questione in esame nell'alveo della sua normalità, per risolverla accordandosi alla

giurisdizione civile e, soprattutto, allo stato attuale degli strumenti di tutela processuale.

Diverso il discorso quando sarà recepita nel nostro ordinamento la direttiva 07/66/CE dell'11 dicembre 2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, avente ad oggetto la modifica delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio, concernenti rispettivamente i settori ordinari e i settori speciali, per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici.

La direttiva tenta di risolvere buona parte delle questioni che l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione pone, concentrando la tutela del terzo in una fase precedente al perfezionarsi del vincolo negoziale (art. 2-*bis*, comma 2, delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, come modificate dagli artt. 1 e 2 della direttiva 07/66/CE, che stabilisce l'obbligo di rispettare un congruo termine fra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto, e art. 2, par. 3, il quale dispone che nel caso di ricorso relativo ad una decisione di aggiudicazione gli Stati membri assicurino che l'amministrazione aggiudicatrice non possa stipulare il contratto prima che sia stata assunta una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso).

Vero è che anche le precedenti direttive comunitarie in materia erano orientate nel senso di ostacolare, in via preventiva, il perfezionarsi del rapporto negoziale preceduto da atti illegittimi, tuttavia, come è stato notato, i configurati rimedi sia precontrattuali, in quanto diretti a prevenire la violazione del diritto comunitario degli appalti, sia «post-contrattuali», e cioè il risarcimento del danno, non sono riusciti a dissuadere le amministrazioni dalla stipulazione di contratti aggiudicati illegittimamente (27).

La direttiva riapre poi i termini della questione qui in esame dal momento che individua una serie di ipotesi in cui la violazione di alcune norme comunitarie reputate particolarmente gravi ex art. 2-*quinqüies*, par. 1, determina la «privazione degli effetti» del contratto eventualmente stipulato, salvo il ricorrere di esigenze

imperative connesse ad un interesse generale (art. 2-*quiquies*, par. 3), lasciando poi ai singoli Stati membri la decisione in ordine agli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto in tutte le altre ipotesi non espressamente contemplate (art. 2, par. 7, comma 1). La direttiva precisa altresì che la menzionata privazione di effetti non è automatica ma deve sempre essere accertata da un organo di ricorso indipendente oppure essere il risultato di una decisione di quest'ultimo (considerando n. 13 della direttiva 07/66/CE).

Resta da stabilire quale sia la sorte che subisce il contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione nelle ipotesi non espressamente disciplinate dalla direttiva, nonché se spetti al giudice ordinario o al giudice amministrativo la decisione esplicita che accerti la privazione degli effetti del contratto laddove ciò sia previsto. Con riferimento a quest'ultimo punto, la dottrina che sinora si è pronunciata sostiene che il giudice competente a giudicare sull'inefficacia del contratto debba essere il giudice amministrativo, vuoi utilizzando argomentazioni che nascono da una lettura complessiva e sistematica dell'intera direttiva (28), vuoi insistendo sul cd. principio della concentrazione delle tutele e sul fatto che la contestazione, sebbene riferita, in prima battuta, al contratto, si incentra pur sempre sulla violazione delle regole riguardanti l'esercizio del potere (29).

Probabile quindi che il quadro complessivo sia destinato a mutare. Sta di fatto che allo stato attuale la decisione dell'Adunanza plenaria va positivamente salutata per avere compiuto un'azione di regolamento di confini, dal punto di vista del diritto pubblico (e del giudice amministrativo), a completamento di quella fatta dalle Sezioni unite, dal punto di vista del diritto privato (e del giudice ordinario).

Non va nascosto che la soluzione della sopravvenuta caducazione del contratto presenta profili di problematicità, anzitutto per la sua rigidità (30).

Più compiuta sarebbe stata dunque la riflessione dell'Adunanza plenaria se essa si fosse pronunciata sulla questione, anch'essa profilata dall'ordinanza di rimessione, dell'applicabilità in materia degli artt. 23 e 25 c.c., che avrebbe forse consentito di

attenuare la mancanza di elasticità dell'impostazione generale (31).

Al di là di questo, bisogna essere consapevoli che, qualora non si intenda aderire all'impostazione della caducazione automatica del contratto come configurata dall'Adunanza plenaria e si metta in discussione l'automaticità dell'effetto, il prezzo da pagare è la perdita della ragione d'essere del controllo giurisdizionale sull'aggiudicazione.

Note:

(1) Corte di Cassazione, Sez. un. civ., 28 dicembre 2007, n. 27169, in questa Rivista, 2008, 514 ss., con nota di M. Ramajoli, La Cassazione riafferma la giurisdizione ordinaria sul rapporto contrattuale tra amministrazione e aggiudicatario, cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

(2) Cons. Stato, Sez. VI, 29 novembre 2007, n. 6071; Cons. Stato, Sez. VI, 3 marzo 2008, n. 796; in dottrina, F. Cintioli, Le Sezioni unite rivendicano a sé il contratto, ma non bloccano il giudizio di ottemperanza; Id., Il caso Alitalia-Volare: ancora su invalidità del contratto e giudizio di ottemperanza, tutti in www.giustamm.it.

(3) Tale richiamo è tanto più importante per il nostro tema in quanto in esso le questioni processuali di riparto di giurisdizione tendono a prendere il sopravvento o comunque a giocare un ruolo autonomo rispetto al problema sostanziale da risolvere.

(4) M. Ramajoli, La Cassazione, cit., 538 ss.

(5) Che per gli istituti processuali coincide interamente con la loro utilità pratica; cfr., per tutti, G. Chiovenda, Principii di diritto processuale civile, III ed. (1923), rist. Napoli, 1965, 906 ss.; Id., Cosa giudicata e competenza (1905), ora in Saggi di diritto processuale civile, Milano, 1993, II, 411 ss.; Id., Sulla cosa giudicata (1907), ivi, II, 399 ss.

(6) D'altra parte, sostenere che l'annullamento dell'aggiudicazione serve almeno per ottenere il risarcimento del danno da perdita di chance, come adombra l'ordinanza di rimessione (punto 1), conduce a cambiare radicalmente la struttura del processo di legittimità. Infatti, per quanto dal punto di vista formale la pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione venga mantenuta, in realtà l'accertamento dell'illegittimità dell'aggiudicazione finisce per configurarsi come il contenuto di accertamento non più di una sentenza costitutiva (di annullamento dell'atto

amministrativo) ma di una sentenza di condanna al risarcimento del danno per equivalente.

(7) Giova a tal proposito rammentare come la costruzione teorica dell'evidenza pubblica e la specialità del foro amministrativo siano servite a dare una tutela proprio al terzo, dal momento che nel dominio puramente privatistico del contratto non c'è nessuna tutela per l'impresa illegittimamente pretermessa; sul punto cfr. M. Ramajoli, *La Cassazione*, cit., 540 ss.; del resto, la tutela del terzo non si esaurisce in se stessa, ma si identifica con la tutela della legalità negli appalti pubblici e oggi con l'interesse pubblico (comunitario e nazionale) alla concorrenza nel settore.

(8) L'impostazione dell'ordinanza è testualmente ripresa dalle due precedenti ordinanze di rimessione in tema, sulle quali, per ragioni diverse, non era intervenuta una pronuncia dell'Adunanza plenaria. Nel primo caso (Cons. Stato, Sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3355) per intervenuta rinuncia al ricorso in appello, nel secondo caso (Cons. giust. amm. reg. sic., 8 marzo 2005, n. 104) per irrilevanza dei quesiti formulati, essendo stata riformata la sentenza di primo grado di annullamento dell'aggiudicazione e ritenuto legittimo tale provvedimento.

(9) Proseguendo nel suo ragionamento l'ordinanza ritiene che, optando per la tesi dell'annullamento, della risoluzione o dell'inefficacia sopravvenuta, occorrerà verificare se l'art. 6 della l. n. 205/2000, in via interpretativa e in esito ad un'«esegesi logico-sistematica» del suo ambito applicativo, assegni al giudice amministrativo il potere di conoscere in via diretta le questioni relative alla validità e all'efficacia del contratto di appalto, in quanto riferibili direttamente all'illegittimità della presupposta aggiudicazione. Se si propende, invece, per la tesi della nullità o della caducazione automatica, è necessario distinguere tra due diverse ipotesi. Nel caso in cui sia stata presentata una domanda diretta ad ottenere una pronuncia dichiarativa, si pone lo stesso problema di giurisdizione del caso precedente, occorrendo valutare se l'ambito della giurisdizione esclusiva di cui all'art. 6 comprenda anche il sindacato diretto dell'invalidità o dell'inefficacia del contratto, sulla base di un'interpretazione estensiva della norma. Nel caso in cui non sia stata presentata tale domanda, ma sia stata presentata domanda di reintegrazione in forma specifica, che «postula l'accertamento incidentale dell'inefficacia del vincolo contrattuale» (in quanto costituisce il presupposto indefettibile dell'invocata sostituzione del contraente), l'ordinanza ritiene che la competenza del giudice amministrativo si fondi sull'art. 7 della l. n. 205 che attribuisce alla giurisdizione esclusiva la reintegrazione in forma specifica.

(10) Si rinvia infra per una precisazione della modalità di funzionamento del meccanismo della caducazione automatica del contratto.

(11) Cfr., da ultimo, Cass., Sez. un., ord. 21 settembre 2006, n. 20504.

(12) In tal senso, parimenti, R. Villata, L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ritorna, confermandola, sulla c.d. pregiudizialità amministrativa... ma le Sezioni unite sottraggono al giudice amministrativo le controversie sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, in questa Rivista, 2008, 300 ss., spec. 308.

(13) Così Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 8 maggio 2008, n. 1380, in www.giustamm.it, con nota adesiva di M.A. Sandulli, Il Tar Lombardia bypassa il problema della giurisdizione e decide incidenter tantum sulle sorti del contratto. La sentenza si basa espressamente sull'art. 8 della l. Tar, che autorizza il giudice amministrativo nelle materie in cui ha giurisdizione a decidere «con efficacia limitata di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale». Nel senso della cognizione incidenter tantum dell'efficacia o validità del contratto cfr. in dottrina C. Varrone, L'invalidità del provvedimento amministrativo e suoi riflessi, nelle procedure ad evidenza pubblica, sul contratto concluso dalla p.a. con l'aggiudicatario, in *Dir. amm.*, 2006, 299 ss., 334-335, 345 ss.; M. Lipari, L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto tra nullità, annullabilità ed inefficacia: la giurisdizione esclusiva amministrativa e la reintegrazione in forma specifica, in *Dir. form.*, 2002, 245 ss., 263-264; Id., Aggiudicazione, stipulazione ed approvazione del contratto, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. Villata, II ed., Padova, 2004, 543 ss.; F. Cintioli, Il caso Alitalia-Volare, cit.; C. Cacciavillani, Giurisdizione sui contratti pubblici, in www.giustamm.it, la quale precisa che la domanda di risarcimento in forma specifica postula l'accertamento del ruolo eventualmente impeditivo del contratto già stipulato, che si pone come «punto pregiudiziale relativo ad un fatto»; punto pregiudiziale che diviene questione pregiudiziale qualora non sia pacifico il subentro nel contratto.

(14) Mentre laddove si chieda che il risarcimento del danno conseguente ad un'aggiudicazione illegittima avvenga per equivalente, la sorte del contratto nel frattempo stipulato è del tutto irrilevante; sul punto, assai chiaramente, Cons. Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 213.

(15) Cons. Stato, Sez. IV, ord. n. 3355/2004, cit., punto 6.3.2; Cons. giust. amm. reg. sic., ord. n. 104/2005, cit., punto 6.3.2; Cons. Stato, Sez. V, ord. n. 1328/2008, cit., punto 6.2. In tal senso cfr., in giurisprudenza, per tutte, Cons. Stato, Sez. VI,

18 giugno 2002, n. 3338 e in dottrina A. Travi, Tutela risarcitoria e giudice amministrativo, in *Dir. amm.*, 2001, 7 ss.; Id., Processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno: il risarcimento in forma specifica, in questa Rivista, 2003, 994 ss., spec. 1003 ss.; R. Villata, Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento, *ivi*, 2007, 271 ss., spec. 296 ss.

(16) Sulla diversità tra controversie nelle quali il petitum sostanziale è l'accertamento dell'invalidità del contratto e controversie provocate dal terzo non vincitore della gara di appalto che chieda e ottenga l'annullamento dell'aggiudicazione sia consentito rinviare a M. Ramajoli, *La Cassazione*, cit., 538 ss.; sulla tesi della caducazione automatica del contratto cfr. Cons. Stato, Sez. V, 30 marzo 1993, n. 435; Cons. Stato, Sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332; Cons. Stato, Sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992, in questa Rivista, 2004, 178 ss., con nota di F. Goisis, In tema di conseguenze sul contratto dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione conclusivo di procedimento ad evidenza pubblica e di giudice competente a conoscerne, e, in dottrina, per tutti F. Merusi, Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto, in *Foro amm.-Tar*, 2004, 569 ss., 575.

(17) M. Ramajoli, *La Cassazione*, cit., spec. 549-550.

(18) «Il giudizio di ottemperanza consent(e) al giudice di passare dalla conoscenza dell'aspetto formale dell'assetto degli interessi alla disciplina sostanziale di esso, così progredendo secondo una nota direzione di sviluppo sulla strada dell'ampliamento del contenuto dell'interesse legittimo fino alla dimensione massima consentita dai limiti di resistenza di questa situazione giuridica»; così M. Nigro, Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza, in *Il giudizio di ottemperanza*, Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 1983, 63 ss., spec. 83 ss.; sul giudizio di merito come giudizio come offre al cittadino «una tutela giurisdizionale piena dei suoi interessi» cfr. U. Pototschnig, Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa, in *Scritti scelti*, Padova, 1999, 151 ss.; sul fatto che l'attività di sostituzione del giudice amministrazione appartenga alla funzione giurisdizionale e la sua appartenenza non possa essere messa in crisi dalla peculiarità dell'attività surrogata cfr., ampiamente, B. Sassani, Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto, Milano, 1997, 136 ss.; sostiene che la decisione dell'Adunanza plenaria adotti un modello di tutela dell'interesse legittimo non più incentrato sul ruolo complementare e sussidiario dell'azione costitutiva e di quella risarcitoria, bensì imperniato su una ritrovata centralità del processo di impugnazione anche G. Tulumello, Riflessioni, a margine della decisione n. 9 del 2008 dell'A.P. del Consiglio di Stato, sull'attuale

modello di tutela processuale degli interessi legittimi, e sul rapporto fra provvedimento e contratto, in www.giustamm.it.

(19) Per corroborare la sua posizione favorevole alla caducazione del contratto quale effetto della sentenza di annullamento la decisione richiama due distinti filoni giurisprudenziali: l'orientamento in virtù del quale nel caso di annullamento di una graduatoria di un concorso pubblico il contratto di lavoro fondato su di essa è automaticamente caducato, oppure nel caso di annullamento di una concessione di un bene o di un servizio pubblico l'accordo accessivo viene meno (sul punto cfr. Corte di Cassazione, Sez. un. civ., 28 gennaio 2003, n. 1238; Cons. Stato, Sez. VI, 28 marzo 2007, n. 1428); l'orientamento, con forza sostenuto dalla Sez. I civile della Cassazione, secondo cui l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione segna, in via retroattiva, la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto, che, pertanto, resta definitivamente privato dei suoi effetti giuridici, perché il contratto di appalto «non ha alcuna autonomia propria e non costituisce la fonte dei diritti e degli obblighi delle parti, ma, assumendo il valore di mero atto formale e riproduttivo, è destinato a subire gli effetti del vizio che affligge il provvedimento cui è inscindibilmente collegato e a restare automaticamente e immediatamente caducato, senza necessità di pronunce costitutive del suo cessato effetto o di atti di ritiro dell'amministrazione»; da ultimo Cass., Sez. I civ., 15 aprile 2008, n. 9906, che ha conseguentemente ritenuto che il giudice di merito correttamente abbia rigettato la domanda di risoluzione del contratto di appalto proposta a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, giacché l'annullamento dell'aggiudicazione ha comportato il venire meno degli effetti del contratto.

(20) Fondamento degli effetti conformativi della sentenza di annullamento è stato ravvisato non tanto nel carattere «ordinativo» della sentenza amministrativa, quanto piuttosto nel fatto che l'attività amministrativa deve proseguire per il perseguimento dei suoi fini istituzionali e questa prosecuzione, come qualsiasi attività amministrativa, si muove sulla base delle norme di diritto e quindi anche di quella «norma giuridica concreta» affermata nella sentenza; così E. Ferrari, Commento all'art. 26 della l. Tar, in Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa, a cura di A. Romano, Padova, 2001, II ed., 892 ss.; in tema cfr. altresì A. Travi, L'esecuzione della sentenza, in Trattato di diritto amministrativo, a cura di S. Cassese, tomo II, Milano, 2003, II ed., 4605 ss.

(21) La precisazione del diverso grado di vincolatività (anche nel senso di esplicazione, rigidità, immediatezza) del giudicato amministrativo si deve a M. Nigro, Il giudicato, cit., 76 ss.; Id., Giustizia amministrativa, Bologna, 2002, VI ed.,

313 ss.; ma cfr. anche M.S. Giannini, *Contenuto e limiti del giudizio di ottemperanza*, in *Atti del convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Milano, 1962, 117 ss., spec. 143 ss.

(22) Sul punto, efficacemente, M. Nigro, *La riforma del processo amministrativo*, Milano, 1980, 142-143.

(23) Che la sentenza amministrativa e le sue statuizioni costituiscano la fonte diretta del contenuto dell'ottemperanza-esecuzione è ben chiarito da R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 71 ss., 348 ss.; Id., *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in questa Rivista, 1989, 369 ss., spec. 374 ss., che costruisce un concetto di esecuzione processuale più ampio dell'esecuzione forzata civile, che è «compito dell'amministrazione soccombente realizzare, ma che in caso di violazione di siffatto dovere comporta l'intervento del giudice amministrativo, il quale svolge attività di esecuzione specifica del proprio giudicato».

(24) O. Ranelletti, *Sulla esecuzione in via amministrativa delle decisioni del Consiglio di Stato e delle Giunte provinciali amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 76 ss., ora anche in *Scritti giuridici scelti*, vol. II, Camerino, 1992, 397 ss., 407.

(25) Per il virgolettato cfr. M. Nigro, *Il giudicato*, cit., 69, che riprende un'idea di G. Miele, *Note sull'ammissibilità di decisioni di condanna da parte del giudice amministrativo*, in *Atti IX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1964, 517 ss.

(26) Così inquadrata la sostituzione, non si deve sottacere la tesi secondo cui, sulla scia di quanto sostenuto dagli studiosi del processo civile, nulla vieta al giudice amministrativo di emanare già in sede di cognizione una sentenza che tenga luogo dei provvedimenti che l'amministrazione dovrebbe adottare in ottemperanza al giudicato. In generale, sul fatto che, a rigore, una tutela esecutiva in senso proprio non sarebbe necessaria nei casi in cui all'amministrazione non residua alcun margine di discrezionalità cfr. M. Clarich, *La giustizia*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, cit., 2021 ss., 2135-2136, che si richiama alla dottrina processualciviltistica in tema di inadempimento di obblighi consistenti nell'emanazione di dichiarazione di volontà (A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, 775 e 203 ss.). In tema cfr. altresì L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003.

(27) Per questa notazione cfr. A. Bartolini e S. Fantini, *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urb. e app.*, 2008, 1093 ss., 1093. Del resto, anche l'art. 11, comma 10, del codice dei contratti pubblici, stabilisce che il contratto non può comunque essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, salvo motivi di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine. Ma la dottrina ha osservato, da un lato, che la disposizione è priva di sanzione nel caso di inosservanza, dall'altro, che l'attuale termine di trenta giorni per la stipulazione non è sincronizzato con l'ordinario termine di sessanta giorni per la proposizione del ricorso giurisdizionale; sul punto cfr. M. Lipari, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in www.giustamm.it; G. Greco, *La direttiva 2007/66/ce: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in corso di pubblicazione su *Riv. it. dir. pubbl. com.*; sull'impostazione adottata dalle precedenti direttive cfr. B. Marchetti, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in questa *Rivista*, 2008, 95 ss., 137.

(28) G. Greco, *La direttiva 2007/66/CE*, cit., facendo leva sulla assoluta necessità della contestualità della decisione in ordine all'illegittimità della procedura e all'inefficacia del contratto, con conseguente concentrazione delle due questioni presso un unico giudice, oltre che sul fatto che se è consentito al giudice, pur in presenza dell'accertata sussistenza di una delle fattispecie più gravi di violazioni comunitarie, di non considerare il contratto privo di effetti in ragione di «esigenze imperative connesse ad un interesse generale» (art. 2-quinquies, par. 3), tale giudice non potrà che essere il giudice amministrativo, cui è istituzionalmente demandato l'accertamento di tali esigenze; in senso analogo A. Bartolini e S. Fantini, *La nuova direttiva ricorsi*, cit., 1105 ss.

(29) In questo senso M. Lipari, *Annullamento dell'aggiudicazione*, cit.; nonché S. Vinti, *Quali rimedi per la salvaguardia dell'interesse legittimo al cospetto dei negozi giuridici? Il giudice del riparto e i legislatori (comunitario e domestico) alle prese con gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto di appalto pubblico*, in questa *Rivista*, 2008, 789 ss., 844 ss.

(30) Per una critica alla soluzione della caducazione automatica cfr., per tutti, F.G. Scoca, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm.-Tar*, 2007, 797 ss.; e, da ultimo, S.S. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008, 126 ss.

(31) È stato per primo G. Greco, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986, 140-141, a sostenere che «in tutti i casi in cui non operi l'effetto conservativo a tutela della buona fede dell'altro contraente, l'annullamento del procedimento amministrativo di formazione della volontà contrattuale dell'Amministrazione produrrà immediati effetti travolgenti sull'assetto contrattuale». In tal senso in giurisprudenza cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 2992/03, cit.; Cons. Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, in *Foro it.*, 2004, III, 1 ss., con nota di A. Travi.